

## «Das Vermächtnis des Pieter Dohlen»

Teil 2

### Übungsfall im Strafrecht, prozessualer Teil

Sonja Pflaum, Nadine Ryser, Kathrin Streichenberg\*

Die vorliegenden Fragen waren Teil der Übungen im Strafrecht II, die im Frühjahrssemester 2009 an der Universität Zürich gehalten wurden. Es bestand die Möglichkeit einer schriftlichen Bearbeitung (im Umfang von ca. 20 bis 25 Seiten [inkl. des materiellen Teils]).<sup>1</sup> Die nachfolgenden Fragen zum Strafprozessrecht, deren Gewichtung circa 31% betrug, beziehen sich auf den Prüfungsstoff für das Modul Strafrecht II (Aufbaustufe Bachelor of Law), welcher die allgemeinen Lehren des Strafprozessrechts und des Gerichtsverfassungsrechts am Beispiel des im Kanton Zürich geltenden Rechts umfasst.<sup>2</sup> Beim untenstehenden Sachverhalt handelt es sich um eine gekürzte Fassung.<sup>3</sup>

### Sachverhalt

Die Junganwälte Thomas und Andreas betreiben eine erfolglose Anwaltskanzlei («Modern Law Team») und brechen in der Absicht, ihr Einkommen aufzubessern, in die Villa des Pieter Dohlen ein. Um in die Villa zu gelangen, schlägt Thomas die Terrassentür ein. In weiser Voraussicht trägt er dabei Handschuhe, so dass keine Fingerabdrücke am Tatort zurück bleiben. Thomas und Andreas entwenden ein Bild und ein Testament.

**1. Die Staatsanwaltschaft ermittelt nun wegen des Einbruchdiebstahls. Der Verdacht richtet sich jedoch zunächst nur gegen Andreas, weil dessen Fingerabdrücke gefunden wurden. Von der Tatbeteiligung von Thomas hat die Staatsanwaltschaft keine Kenntnis, sondern ermittelt nur gegen Andreas. Im Rahmen der Überwachung von Andreas' Telefonanschluss wird ein Gespräch abgehört, in dem dieser einem Freund mitteilt, dass Thomas bei der Tat mitbeteiligt war.**

**Ist diese gewonnene Erkenntnis verwertbar? Worauf kommt es dabei gegebenenfalls an?**

Die aus dem abgehörten Telefongespräch gewonnenen Erkenntnisse sind verwertbar, wenn die Überwachung prozessordnungsgemäss erfolgt ist.

\* Lic. iur. Sonja Pflaum, Nadine Ryser MLaw und lic. iur. Kathrin Streichenberg sind wissenschaftliche Assistentinnen an der Universität Zürich und am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers tätig.

<sup>1</sup> 23 Studierende haben den Fall und die prozessrechtlichen Fragen schriftlich bearbeitet. Für die Note 4 wurden 30 von 67,5 Punkten benötigt. Bei einem Notendurchschnitt von 3,96 lag die Durchfallquote bei 30,4 %. Eine ausführliche Statistik kann unter <http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/wohlers/lehrveranstaltungen/Notenskala.pdf> abgerufen werden. Für die Höchstnote waren weniger umfangreiche Ausführungen als die vorliegenden ausreichend.

<sup>2</sup> Bzgl. des konkreten Prüfungsstoffs vgl. <http://www.vorlesungen.uzh.ch/FS09/lehrangebot/fak-50000002/sc-50307836/cg-50307839/cg-50308230/cg-50308440/sm-50321213.modveranst.html>.

<sup>3</sup> Zum vollständigen Sachverhalt und der Lösung zum materiellen Teil der Fallbearbeitung vgl. SONJA PFLAUM/NADINE RYSER/KATHRIN STREICHENBERG, der fall – «Das Vermächtnis des Pieter Dohlen», Teil 1, ius.full 2009, 119 ff.

Die Überwachung des Telefonverkehrs stellt einen Eingriff in das von Art. 13 BV und indirekt von Art. 8 EMRK gewährleisteten Fernmeldegeheimnisses dar.<sup>4</sup> Zudem wird jeweils in die durch Art. 179 ff. StGB eigens geschützte Privatsphäre eingegriffen.<sup>5</sup> Aufgrund dessen unterliegt eine allfällige Überwachung des Telefonverkehrs strengen Anforderungen. Damit eine Überwachung des Telefonverkehrs anhand genommen werden darf, bedarf es mehrerer Voraussetzungen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a BÜPF müssen bestimmte Tatsachen den dringenden Tatverdacht begründen, dass der zu Überwachende eine in den Abs. 2 und 3 von Art. 3 BÜPF genannten strafbaren Handlungen begangen hat bzw. daran beteiligt war. Des Weiteren muss die Schwere der strafbaren Handlung die Überwachung rechtfertigen (Art. 3 Abs. 1 lit. b BÜPF) und schliesslich müssen andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sein oder die Ermittlungen würden ohne die Überwachung aussichtslos oder unverhältnismässig erschwert (Art. 3 Abs. 1 lit. c BÜPF).

Im vorliegenden Fall ermittelt die Staatsanwaltschaft wegen des Einbruchs. Im Zuge dieser Ermittlung wird der Telefonanschluss von Andreas überwacht, da seine Fingerabdrücke am Tatort sicher gestellt werden konnten. Wie gemäss Lösung des materiellen Teils ersichtlich ist, machte sich Andreas bzgl. des Einbruchs u.a. des einfachen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 und der Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 StGB strafbar.<sup>6</sup> Diese beiden Tatbestände sind nicht im Straftatenkatalog des Art. 3 BÜPF enthalten. Lediglich der qualifizierte Diebstahl i.S.v. Art. 139 Ziff. 2 StGB kann eine Überwachung rechtfertigen. Dass die Staatsanwaltschaft Anhaltspunkte dafür hatte, es mit einem gewerbsmässigen Diebstahl zu tun zu haben, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass es sich bei der Telefonüberwachung von Andreas, welche aufgrund des Verdachts eines

einfachen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 und/oder einer Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 StGB angeordnet wurde, um eine gemäss BÜPF unrechtmässige Überwachung handelt.

Damit stellt sich die Frage, ob die prozessordnungswidrig gewonnenen Erkenntnisse verwertet werden dürfen. Ein Verwertungsverbot liegt nicht immer bereits dann vor, wenn das Beweismittel vorschriftswidrig erlangt wurde. Vielmehr ist stets eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>7</sup> Liegt ein Verstoss gegen eine *Ordnungsvorschrift* vor, hat dies nicht die Ungültigkeit des Beweises zur Folge. Anders verhält es sich beim Verstoss gegen eine *Gültigkeitsvorschrift*. In einem solchen Fall «beurteilt sich nach der Interessenabwägung, ob der rechtswidrig erlangte Beweis im Verfahren verwertet werden darf».<sup>8</sup> Dabei ist im Besonderen die Schwere des Verbrechens dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung gegenüberzustellen. Zudem muss berücksichtigt werden, «ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre».<sup>9</sup> Vorliegend ist die Telefonüberwachung unter Verstoss gegen Art. 3 BÜPF durchgeführt worden. Bei dieser Norm, die bestimmt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Telefonüberwachung durchgeführt werden darf, handelt es sich nicht um eine blossе Ordnungsnorm, sondern um eine Gültigkeitsvorschrift, die im Interesse des zu Überwachenden den Eingriff in dessen verfassungs- und konventionsmässigen Rechte beschränkt. Da, wie vorne dargelegt, die Voraussetzungen für eine legale Überwachung nicht gegeben waren, wären die Erkenntnisse auf legalem Wege nicht zu erlangen gewesen. Deshalb unterliegen die Informationen, welche im Zusammenhang mit der Überwachung des Andreas erlangt wurden, einem Verwertungsverbot.

**2. Aufgrund der Informationen, die während des Untersuchungsverfahrens gewonnen wurden, erlässt der zuständige Staatsanwalt einen Hausdurchsuchungsbefehl für die Räumlichkeiten der Kanzlei «Modern Law Team». Die damit beauftragten Polizeibeamten begeben sich sodann zum angegebenen Ort. Auf einem Parkplatz vor der Kanzlei entdecken sie das Privatfahrzeug von Andreas und durchsuchen auch dieses. Im Kofferraum finden sie die Handschuhe, welche Thomas beim Einbruch in die Villa getragen hatte.**

<sup>4</sup> NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, N 759.

<sup>5</sup> SCHMID (Fn. 4), N 759.

<sup>6</sup> Vgl. PFLAUM/RYSER/STREICHENBERG (Fn. 3), 120 ff.

<sup>7</sup> ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, § 76 N 6.

<sup>8</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 60 N 6.

<sup>9</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 60 N 6 m.w.H.

### Dürfen diese Handschuhe als Beweismittel verwendet werden?

Im vorliegenden Fall erteilte der Staatsanwalt einen Hausdurchsuchungsbefehl für die Räumlichkeiten der Kanzlei «Modern Law Team». Die beauftragten Polizeibeamten durchsuchten aber nicht nur jene Räume, sondern auch das auf dem Parkplatz der Kanzlei stehende Auto des Andreas und finden in seinem Kofferraum die Handschuhe, die Thomas beim Einbruch getragen hatte. Es muss deshalb erörtert werden, ob der vom Staatsanwalt angeordnete Hausdurchsuchungsbefehl sich auch auf das vor der Kanzlei parkierte Fahrzeug bezieht. Soweit dies nicht der Fall ist, ist zu prüfen, ob die Durchsuchung des Fahrzeugs auch ohne Durchsuchungsanordnung des Staatsanwalts erfolgen durfte. Erweist sich die Durchsuchung als prozessordnungswidrig, ist zu klären, wie mit den vorgefundenen Handschuhen zu verfahren ist.

Die Hausdurchsuchung ist in den §§ 88 ff. StPO/ZH geregelt und dient der Sicherung allfälliger Beweise. Sie umfasst all jene Räume, «die Wohn-, Geschäfts- oder ähnlichen Zwecken dienen und bei denen der Bürger Anspruch auf Wahrung mit solchen Räumen verbundener Privatsphäre hat»<sup>10</sup>. Der Hausdurchsuchungsbefehl, den die Staatsanwaltschaft erlassen hat, bezieht sich auf die Räume der Kanzlei. Das Auto von Andreas ist kein Kanzleifahrzeug und befindet sich ausserhalb der Räumlichkeiten der Kanzlei. Beim Auto handelt sich demnach nicht um eine vom Hausdurchsuchungsbefehl umfasste Räumlichkeit. Die Ansichnahme der im Kofferraum gefundenen Handschuhe kann folglich nicht auf der Grundlage der Anordnung der Staatsanwaltschaft erfolgen.

Zu prüfen bleibt, ob die Durchsuchung des Fahrzeugs trotzdem zu Recht erfolgt ist. Bei der Durchsuchung eines Fahrzeugs handelt es sich um eine Sachdurchsuchung,<sup>11</sup> welche als solche in der StPO/ZH nicht geregelt ist. Da eine Hausdurchsuchung aber bei Vorliegen der dazu notwendigen Voraussetzungen gemäss StPO/ZH erlaubt ist, «muss auch die weniger weit gehende Sachdurchsuchung gestattet sein»<sup>12</sup>. Dies folgt aus dem Grundsatz *a maiore minus*. Im vorliegenden Fall können demnach die Bestimmungen zur Hausdurchsuchung analog angewendet werden. Es muss also geprüft werden, ob die Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung auch für das Fahrzeug vorliegen.

Grundsätzlich liegt die Kompetenz zur Anordnung einer Hausdurchsuchung bei der Untersuchungsbehörde (§ 88 Abs. 1 StPO/ZH). Eine Ausnahme hiervon ist dann gegeben, wenn Gefahr im Verzug vorliegt. In einem solchen Fall steht es gemäss § 88 Abs. 3 StPO/ZH jedem Polizeibeamten zu, eine Wohnung (oder wie hier: das Auto) zu durchsuchen. Gefahr im Verzug liegt dann vor, wenn die Einholung einer vorherigen, nach Gesetz erforderlichen Ermächtigung (in casu durch die Staatsanwaltschaft als Untersuchungsbehörde) den Ermittlungserfolg ganz oder teilweise vereiteln oder gefährden würde. Im vorliegenden Fall bestand die Gefahr, dass Andreas oder Thomas – während die Polizei den Hausdurchsuchungsbefehl einholt – die Handschuhe aus dem Auto entfernen könnten. Die Polizei hätte jedoch die Einholung des Durchsuchungsbefehls vor Ort durch einen Telefonanruf bei der Staatsanwaltschaft vornehmen können, weshalb in casu keine Gefahr im Verzug bestand. Die Durchsuchung erfolgte also nicht prozessordnungsgemäss.

Damit stellt sich die Frage, ob die Handschuhe, welche im Laufe dieser unrechtmässigen Durchsuchung sichergestellt wurden, verwertet werden dürfen. Ob es sich bei der Anordnungscompetenz um eine Ordnungsnorm oder eine Gültigkeitsvorschrift handelt, kann offenbleiben. Wie bereits bei Aufgabe 1 festgestellt, muss dann, wenn es sich um ein Gültigkeitsvorschrift handelt, bei der Frage, ob prozessordnungswidrig erlangte Beweise verwertet werden können oder nicht, u.a. geklärt werden, «ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel [hypothetisch betrachtet] auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre»<sup>13</sup>. Dies kann für den vorliegenden Fall bejaht werden: Die Polizeibeamten hätten ohne Weiteres bei der Untersuchungsbehörde einen Durchsuchungsbefehl für das Auto erwirken können. Da die Staatsanwaltschaft eine solche Anordnung bereits für die Räumlichkeiten der Kanzlei erlassen hatte, ist davon auszugehen, dass sie diese Anordnung auch für die Sachdurchsuchung bzgl. des Autos er-

<sup>10</sup> MANFRED KÜNG/CLAUDE HAURI/THOMAS BRUNNER, Handkommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, hrsg. von Manfred Küng, Bern 2005, Vor §§ 88 ff. N 1.

<sup>11</sup> Vgl. RS 1997 Nr. 253.

<sup>12</sup> HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN (Fn. 7), § 70 N 9.

<sup>13</sup> BGE 130 I 126, 132.

lassen hätte. Demnach sind die im Zuge der Durchsuchung des Kofferraums aufgefundenen Handschuhe auch dann verwertbar, wenn die ohne Anordnung der Untersuchungsbehörde durchgeführte Durchsuchung gegen eine Gültigkeitsvorschrift verstösst.

**3. Andreas erhält vom zuständigen Staatsanwalt eine Vorladung für eine (erste) Einvernahme. Andreas leistet der Vorladung zwar Folge, verlangt aber einen anwaltlichen Beistand, ohne den er zur Sache nicht aussagen werde.**

**a) Muss Andreas auf die Fragen des Staatsanwalts antworten?**

Der Beschuldigte ist nicht verpflichtet, Angaben zur Sache zu machen. Er hat ein Schweigerecht. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>14</sup> (niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten).

Ausdrücklich gewährleistet wird das Schweigerecht von Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR.<sup>15</sup> Das Schweigerecht des Angeschuldigten gehört aber darüber hinaus nach der Rechtsprechung des EGMR, auch wenn es in Art. 6 EMRK nicht ausdrücklich erwähnt wird, zu den allgemein anerkannten internationalen Standards, welche Kern des Begriffs des *fair trial* bilden und wird aus der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK), respektive aus dem Fairnessgebot (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) hergeleitet.<sup>16</sup> Mittelbar ergibt sich das Schweigerecht zudem aus der in § 11 Abs. 1

StPO/ZH statuierten Belehrungspflicht.<sup>17</sup> Andreas muss demzufolge auf die Fragen des Staatsanwaltes nicht antworten.

**b) Hat Andreas einen Anspruch darauf, dass ein Anwalt bei der Vernehmung anwesend ist? Beurteilen Sie die Sachlage zunächst nach dem geltenden zürcherischen Strafprozessrecht. Gibt es diesbezüglich Änderungen nach Inkrafttreten der kommenden schweizerischen Strafprozessordnung?**

Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 StPO/ZH hat der Staatsanwalt dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, an den Einvernahmen des Angeschuldigten teilzunehmen, wenn dieser es verlangt und der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet ist. Gemäss Satz 2 sind im Kanton zugelassene Rechtsanwälte zur Einvernahme stets zuzulassen, sobald der Angeschuldigte vor dem Untersuchungsbeamten erstmals einlässlich ausgesagt hat (d.h. die Fragen des Staatsanwaltes zu den inkriminierten Vorgängen vollständig beantwortet hat)<sup>18</sup> oder sich seit 14 Tagen in Haft befindet.

Satz 2 ist im Zusammenhang mit Satz 1 zu lesen. Dies heisst, dass bei der ersten Einvernahme der Verteidiger nur ausgeschlossen werden kann, wenn der Untersuchungsbeamte eine konkrete Gefährdung des Untersuchungszwecks zu begründen vermag,<sup>19</sup> andernfalls liegt eine Verletzung der Verteidigungsrechte vor.<sup>20</sup> Satz 2 ist demnach nicht als eine Einschränkung von Satz 1 zu verstehen, sondern als eine Sonderregelung für im Kanton Zürich zugelassene Rechtsanwälte. Diese sind demzufolge nach der ersten einlässlichen Aussage – respektive nach 14 Tagen Haft – des Angeschuldigten selbst dann zuzulassen, wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks vorliegt.<sup>21</sup>

Dieses Verständnis von Satz 1 und 2 entspricht auch der neusten Rechtsprechung des EGMR bezüglich Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK (Anspruch auf ein faires Verfahren). Im Entscheid *Salduz v. Türkei* vom 27. November 2008 anerkennt die grosse Kammer des EGMR erstmals ausdrücklich einen allgemeinen Anspruch auf anwaltlichen Beistand ab dem Beginn der ersten Einvernahme (§§ 52, 55), ausser es gebe «compelling reasons to restrict this right» (§ 55)<sup>22</sup>.

Nach geltendem zürcherischem Strafprozessrecht kann Andreas demnach verlangen, dass sein Vertei-

<sup>14</sup> SCHMID (Fn. 4), N 472 f.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 121 II 273, 282; SCHMID (Fn. 4), Fn. 51 zu N 618; VIKTOR LIEBER/ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, hrsg. von Andreas Donatsch/Niklaus Schmid, Zürich 2007, § 11 N 5 (nachfolgend zit.: BEARBEITER, in: Donatsch/Schmid); KÜNG/HAURI/BRUNNER (Fn. 10), § 11 N 7.

<sup>16</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 5.

<sup>17</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 3.

<sup>18</sup> SCHMID (Fn. 4), N 494; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 26.

<sup>19</sup> HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN (Fn. 7), § 76 N 12; SCHMID (Fn. 4), Fn. 94 zu N 494.

<sup>20</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 24.

<sup>21</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 23; KÜNG/HAURI/BRUNNER (Fn. 10), § 17 N 7.

<sup>22</sup> Vgl. FP 2009, 71 ff. mit Anmerkung von WOLFGANG WOHLERS/STEPHAN SCHLEGEL, 75 f.



diger bereits ab der ersten Einvernahme vor dem Staatsanwalt anwesend ist. Ausgeschlossen werden kann sein Verteidiger somit nur, wenn der Zweck der Untersuchung durch die Anwesenheit des Verteidigers gefährdet wird. Eine Definition des Begriffs «Untersuchungszweck» ergibt sich aus § 30 Abs. 1 StPO/ZH, wonach der Zweck der Untersuchung darin besteht, den Tatbestand soweit zu ermitteln, dass entweder Anklage erhoben oder das Verfahren eingestellt werden kann.<sup>23</sup> Dass die Anwesenheit des Verteidigers bei der Einvernahme diesen Zweck zu gefährden vermag, ist nicht ersichtlich.

Nach Art. 159 Abs. 1 der schweizerischen Strafprozessordnung hat die beschuldigte Person bereits bei der polizeilichen Einvernahme das Recht, dass ihre Verteidigung anwesend sein kann (sog. Anwalt der ersten Stunde).<sup>24</sup> Zudem hat die Verteidigung gestützt Art. 147 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StPO/CH ein Anwesenheitsrecht bei der Einvernahme des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft.<sup>25</sup>

Andreas hat somit sowohl nach geltendem zürcherischem als auch noch dem kommenden schweizerischen Strafprozessrecht einen Anspruch darauf, dass sein Verteidiger bei der ersten Einvernahme anwesend ist.

**4. Andreas möchte während des gegen ihn laufenden Untersuchungsverfahrens ein zweites Mal Einsicht in die beim Staatsanwalt befindlichen Akten nehmen. Die Staatsanwaltschaft verweigert ihm dies mit der Begründung, Andreas habe sein Recht auf Akteneinsicht bereits einmal wahrgenommen und könne keinen Anspruch auf nochmalige Akteneinsicht geltend machen.**

**Wie beurteilen Sie diese Aussage?**

Das Akteneinsichtsrecht der beschuldigten Person ergibt sich als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus dem Grundsatz des *fair trial* gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. aus Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK.<sup>26</sup> Dieser verfassungs- und konventionsrechtliche Einsichtsanspruch ist eine Minimalgarantie; die Kantone können dessen Inhalt und Modalitäten konkret umschreiben.<sup>27</sup> Im Kanton Zürich ist das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten in § 17 StPO/ZH geregelt.

Das Akteneinsichtsrecht gilt nicht absolut, sondern unterliegt einer Interessenabwägung, wobei das Recht des Angeschuldigten nur in Ausnahmefällen eingeschränkt werden darf.<sup>28</sup> Gemäss Sachverhalt will

der Staatsanwalt im vorliegenden Fall die Einsicht in bereits eingesehenen Akten verweigern. Einfachgesetzlich ergibt sich eine Einschränkungsmöglichkeit, wenn durch die Akteneinsicht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks besteht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 StPO/ZH).<sup>29</sup> Derartige Gründe sind vorliegend aber offensichtlich nicht gegeben, weil Andreas das Einsichtsrecht bereits einmal zugestanden wurde.

Soweit es um Akten geht, die erst nach der ersten Einsicht entstanden sind, kann die Akteneinsicht schon deshalb nicht verwehrt werden, weil der Angeschuldigte diese Akten(teile) noch gar nicht eingesehen hat. Fraglich ist jedoch, wie mit den Akten(teilen) zu verfahren ist, welche der Angeschuldigte bereits eingesehen hat. Nach Bundesrecht kann der Anspruch auf Akteneinsicht eingeschränkt werden, wenn höherwertige private oder öffentliche Interessen entgegenstehen.<sup>30</sup> Für die Beschränkung der Akteneinsicht ist eine Abwägung der infrage stehenden Interessen im konkreten Fall vorausgesetzt.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> SCHMID, in: Donatsch/Schmid, § 30 N 1.

<sup>24</sup> PETER GOLDSCHMID/THOMAS MAURER/JÜRG SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 152; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 68 N 3a.

<sup>25</sup> GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (Fn. 24), 135 f.

<sup>26</sup> BGE 110 Ia 83, 85 f. = Pra 74 (1985) Nr. 78 S. 213; BGE 111 Ia 101, 103; 114 Ia 97, 99 = Pra 78 (1989) Nr. 53 S. 197; BGE 115 Ia 8, 11; 115 Ia 293, 302 = Pra 79 (1990) Nr. 214 S. 761; BGE 118 Ia 17, 19; 121 I 225, 227; 122 I 53, 55; 122 I 153, 158, 161; 124 I 241, 242; 129 I 85, 88; 133 I 270, 277; vgl. dazu LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 1.

<sup>27</sup> BGE 113 Ia 1, 3; 121 I 225, 227; 122 I 153, 158; 124 I 241, 242.

<sup>28</sup> Vgl. dazu LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 2.

<sup>29</sup> Ob bei bereits vorgehaltenen Akten der Verweigerungsgrund der Gefährdung des Untersuchungszwecks herangezogen werden darf, ist umstritten. Vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 StPO/ZH und dazu LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 17.

<sup>30</sup> BGE 101 Ia 17, 18; 103 Ia 490, 492 f.; 112 Ia 97, 101; 113 Ia 257, 265 = Pra 77 (1988) Nr. 7 S. 33 f.; BGE 115 Ia 293, 304 = Pra 79 (1990) Nr. 214 S. 262; BGE 122 I 153, 161; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 17 N 2; ALEXANDER DUBACH, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss. Bern 1990, 97 ff.; SCHMID (Fn. 4), N 263; für Beispiele vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 55 N 20.

<sup>31</sup> Vgl. dazu BGer vom 16.2.2009, 2C\_724/2008, E. 2.3; DUBACH (Fn. 30), 97 ff.; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 55 N 18; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, 424; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 880.

Es stellt sich die Frage, ob höherwertige Interessen die Beschränkung oder gar Verweigerung einer wiederholten Akteneinsicht rechtfertigen. Einerseits besteht durchaus ein öffentliches Interesse an einem möglichst effizienten Verfahren. Andererseits birgt die Beschränkung des Einsichtsrechts aus Effizienzgesichtspunkten aber die Gefahr, dass das Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung beeinträchtigt wird. Um dies zu verhindern, darf in der Regel aus Gründen der Effizienz keine Einschränkung des Einsichtsrechts folgen; das Recht auf Akteneinsicht ist höher zu werten als das Interesse an einer effizienten Erledigung des Verfahrens.<sup>32</sup>

Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn durch ein ständiges Beantragen der Akteneinsicht das Verfahren verschleppt wird und zu verjähren droht. Ein derartiges Verhalten würde einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmissbrauchs darstellen. Diese in Art. 2 ZGB verankerte und für die gesamte Rechtsordnung geltenden Grundsätze müssen von allen Verfahrensbeteiligten beachtet werden.<sup>33</sup> Wird die Akteneinsicht offensichtlich immer wieder beantragt, um mutwillig den Gang der Untersuchung

zu behindern oder gar zu blockieren, kann ein Rechtsmissbrauch vorliegen.<sup>34</sup>

Vorliegend ist ein derartiges Verhalten nicht ersichtlich. Zwar steht es heute einem Berechtigten zu, auf seine Kosten Fotokopien anzufertigen (sofern sich daraus für die Behörden kein übermässiger Aufwand ergibt).<sup>35</sup> Dass der Einsichtsberechtigte hierauf verzichtet und deshalb ein zweites Mal Akteneinsicht begehrt, begründet indes den Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen und/oder treuwidrigen Verhaltens nicht. Folglich hat der Staatsanwalt die nochmalige Akteneinsicht zu gewähren.

**5. Während Andreas sehr von seinen Qualitäten als Anwalt überzeugt ist und sich daher selbst verteidigen will, bittet Thomas, gegen den inzwischen auch Ermittlungen aufgenommen wurden, um eine amtliche Verteidigung, da ihm jegliches Geld für einen Verteidiger fehlt. Der Staatsanwalt überlegt sich, ob er den Angeschuldigten Thomas und Andreas einen Verteidiger stellen muss.**

**Was würden Sie dem Staatsanwalt empfehlen?**

#### **a) Das Recht von Andreas, sich selbst zu verteidigen**

Ein Anwalt ist dann zu bestellen, wenn das Gesetz die Mitwirkung eines Verteidigers verlangt (sog. notwendige Verteidigung i.S.v. § 11 Abs. 2 StPO/ZH) oder wenn ein Beschuldigter, der um eine Beiordnung bittet, einen entsprechenden Anspruch hat. Der Beizug eines Verteidigers ist grundsätzlich freiwillig. Ein genereller Verteidigerzwang ist dem schweizerischen Strafverfahrensrecht fremd.<sup>36</sup> Andreas kann sich daher grundsätzlich selbst verteidigen.

Liegt jedoch ein Fall von notwendiger Verteidigung gemäss § 11 Abs. 2 Ziff. 1–5 StPO/ZH vor, dann ist dem Angeschuldigten zwingend, nötigenfalls auch gegen seinen Willen (sog. Anwaltszwang),<sup>37</sup> ein Verteidiger beizuordnen, sofern er selber keinen beizieht.<sup>38</sup> Dies gilt auch dann, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Angeschuldigte Jurist bzw. Rechtsanwalt ist.<sup>39</sup>

Dass Andreas als ausgebildeter Jurist nicht in der Lage sein sollte, seine Rechte infolge geistiger oder körperlicher Behinderung selber zu wahren und sich selbst zu verteidigen (vgl. § 11 Abs. 2 Ziff. 1 StPO/ZH), wird man nicht annehmen können. § 11 Abs. 2 Ziff. 2 StPO/ZH scheidet aus, da sich Andreas nicht in Untersuchungshaft befindet. Die Delikte, welche Andreas zur Last gelegt werden, begründen

<sup>32</sup> Vgl. dazu LORENZ DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Zürich/Basel/Genf 2008, 136 f.; DUBACH (Fn. 30), 109. BGE 113 Ia 1, 9 wirft allgemein die Frage auf, inwiefern überhaupt ein mit der Akteneinsicht verbundener Verwaltungsaufwand als Interesse von Bedeutung sein kann.

<sup>33</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 57 N 1, 5; KÜNG/HAURI/BRUNNER (Fn. 10), Vor §§ 19 ff. N 7; SCHMID (Fn. 4), N 247, 249.

<sup>34</sup> Gleicher Ansicht (aber als Beispiel für einen Rechtsmissbrauch des Geschädigten) DROESE (Fn. 32), 158; allgemein zum Rechtsmissbrauch vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 57 N 1 ff.; SCHMID (Fn. 4), N 247 ff.

<sup>35</sup> BGE 108 Ia 5, 8; 112 Ia 377, 380; 116 Ia 325, 327 f.; 117 Ia 424, 429; 126 I 7, 10 = Pra 90 (2001) Nr. 157 S. 938.

<sup>36</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 42, 53; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 40 N 10; SCHMID (Fn. 4), N 483.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 95 I 356, 360; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 42.

<sup>38</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 40 N 11; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 41; SCHMID (Fn. 4), N 484.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu BGer vom 14.4.2003, 1P117/2003, E. 3; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 42.

keine erstinstanzliche Zuständigkeit des Obergerichts oder des Geschworenengerichts, so dass auch § 11 Abs. 2 Ziff. 4 StPO/ZH nicht einschlägig ist. Da keine besonderen Umstände vorliegen und/oder keine mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten behaftete Abklärung oder Beurteilung eines Sachverhalts ansteht,<sup>40</sup> scheidet auch § 11 Abs. 2 Ziff. 5 StPO/ZH aus.

Entscheidend ist somit, ob eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme im Sinne des Strafgesetzbuches beantragt ist oder in Aussicht steht (§ 11 Abs. 2 Ziff. 3 StPO/ZH). Andreas hat mehrere Straftatbestände erfüllt, welche mit Freiheitsstrafen von drei (unrechtmässige Aneignung, Sachbeschädigung, Geldwäscherei) bis zu fünf Jahren (Diebstahl, Unterdrückung von Urkunden) bestraft werden können.<sup>41</sup>

Aus dem Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass Andreas vorbestraft ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass er das erste Mal in seinem Leben straffällig wurde. Eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ist unter Berücksichtigung dieser Umstände auszuschliessen. Es liegt somit kein Fall notwendiger Verteidigung vor. Der Staatsanwalt muss demzufolge für Andreas keinen Verteidiger bestellen.

### b) Das Recht von Thomas auf eine amtliche Verteidigung

Thomas hat ebenfalls mehrere Straftatbestände erfüllt, welche mit Freiheitsstrafen von drei (Sachbeschädigung und Geldwäscherei) bis zu fünf Jahren (Diebstahl) bestraft werden können.<sup>42</sup> Betreffend notwendige Verteidigung kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Andreas verwiesen werden. Es liegt kein Fall notwendiger Verteidigung vor, weshalb der Staatsanwalt gestützt auf § 11 Abs. 2 Ziff. 1–5 StPO/ZH keinen Verteidiger für Thomas bestellen kann.

Bei Thomas, der einen Verteidiger möchte, stellt sich jedoch zudem die Frage, ob er allenfalls einen

über § 11 Abs. 2 Ziff. 1–5 StPO/ZH hinausgehenden Anspruch auf Bestellung eines amtlichen Verteidigers hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR besteht ein verfassungs- und konventionsmässiger Anspruch auf unentgeltliche bzw. amtliche Verteidigung, vorausgesetzt, dass die Bewilligung der Officialverteidigung im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist und der Angeschuldigte nicht über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt.<sup>43</sup> Der Anspruch ergibt sich aus Art. 29 Abs. 3 BV,<sup>44</sup> Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK<sup>45</sup> sowie Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR.<sup>46</sup> Ein Interesse der Rechtspflege ist namentlich gegeben, wenn das Strafverfahren für den Angeschuldigten grosse Bedeutung hat.<sup>47</sup> In casu ist das Strafverfahren für Thomas von sehr grosser Bedeutung, da ihm im Falle einer Verurteilung der Entzug seines Anwaltspatentes oder zumindest ein vorübergehendes Verbot der Ausübung anwaltlicher Tätigkeiten droht.<sup>48</sup>

Damit ergibt sich für Thomas, welchem gemäss Sachverhalt jegliches Geld für eine Verteidigung fehlt, ein über Art. 11 Abs. 2 StPO/ZH hinausgehender Anspruch auf einen amtlichen Verteidiger.

<sup>40</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 61 ff.

<sup>41</sup> Die von Andreas erfüllten Straftatbestände sind aus der Lösung des materiellen Teils der Fallbearbeitung ersichtlich (Fn. 3).

<sup>42</sup> Die von Thomas erfüllten Straftatbestände sind aus der Lösung des materiellen Teils der Fallbearbeitung ersichtlich (Fn. 3).

<sup>43</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 44 ff.; SCHMID (Fn. 4), N 488.

<sup>44</sup> HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (Fn. 7), § 40 N 16; LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 43, 48 ff.

<sup>45</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 45 f.

<sup>46</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 44.

<sup>47</sup> LIEBER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, § 11 N 46.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen betreffend Standesgericht auf der Homepage des Zürcher Anwaltsverbandes: <http://www.zav.ch/verband/standesgericht.html>.